

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT
D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI

Auteur(s) : Nathalie CROTEAU

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 401-428

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12872>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12872>

Page vide laissée intentionnellement.

LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI

par Nathalie CROTEAU*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	403
PARTIE I - L'ANALYSE DE LA NOTION DE BONNE FOI DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 1437 C.c.Q.	404
1.1 Le sens et la portée de la notion de bonne foi	405
1.2 Le désavantage excessif et déraisonnable, sa définition	408
1.2.1 Définition	408
1.2.2 Parallèle avec la notion de lésion	410
1.2.3 Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.	414
1.3 L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat	415
PARTIE II - LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA CLAUSE ABUSIVE	417
2.1 Les applications générales	417
2.2 La clause pénale abusive	419
2.3 Les taux d'intérêts usuraires	421
PARTIE III - LES MÉCANISMES DE PROTECTION ANALOGUE	423
3.1 La bonne foi et la sanction des vices de consentement	423
3.2 L'exercice déraisonnable d'un droit	425
CONCLUSION	427

*, Avocate-associée à l'étude Parizeau, De Lagrave, Croteau & Brillonn..

INTRODUCTION

La reconnaissance, dans le *Code civil du Québec*, du contrat d'adhésion et de ses besoins de protection spécifique s'inscrit dans un large effort pour moderniser, humaniser et tenter d'instaurer une meilleure justice contractuelle. Au coeur de cette réforme, nous retrouvons la valorisation de la bonne foi contractuelle¹ et l'aval donné à l'intervention des tribunaux.²

Pour les contrats d'adhésion, les règles de conduite contractuelle seront plus exigeantes que dans les contrats de gré à gré. Ainsi en est-il de l'obligation de bonne foi, car dans le contrat d'adhésion, l'adhérent s'en remet à la partie rédactrice (le stipulant). Souvenons-nous que l'absence de débat préalable et la détermination unilatérale du contenu contractuel par un des deux contractants caractérisent le contrat d'adhésion. Cette façon de contracter place l'adhérent en position de faiblesse. Elle instaure un modèle de relation contractuelle où l'adhérent subit et se soumet aux règles du marché. L'adhérent est donc susceptible d'être abusé ou encore mal informé des clauses du contrat.

Face à cette situation, le législateur met en place deux mécanismes de protection basée sur l'obligation de bonne foi. Le premier, le contrôle des clauses externes, illisibles ou incompréhensibles,³ impose au stipulant un devoir d'information, intimement lié à cette obligation. Le second mécanisme, le contrôle des clauses abusives,⁴ protège l'adhérent du stipulant qui prend avantage de façon excessive et déraisonnable de sa situation de supériorité économique ou technique. On est alors en présence d'une contravention à l'obligation de bonne foi.

1. Art. 1375 C.c.Q.

2. Le législateur élargit également les vices de consentement. Par exemple, art. 1401 C.c.Q. (dol), art. 1402 à 1404 C.c.Q. (crainte), art. 424, 472, 1623 al. 2, 2332 C.c.Q. (lésion)

3. Art. 1435 et 1436 C.c.Q.

4. Art. 1437 C.c.Q. : «La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.»

Dans ce texte, nous tenterons de cerner le contenu de la notion de bonne foi dans l'interprétation de ce que constitue une clause abusive. Nous démontrerons que cette notion situe le cadre général du pouvoir d'intervention des tribunaux lorsqu'ils jugent en équité. L'article 1437 C.c.Q. est fondamentalement un recours d'équité. Le législateur réaffirme ainsi que le stipulant, dans ses rapports contractuels, doit respecter les exigences d'honnêteté, de loyauté et l'obligation de ne pas profiter d'une situation de supériorité économique ou technique. Nous remarquerons que la revalorisation de la notion de bonne foi dans le *Code civil du Québec* a un impact indéniable sur les tribunaux. Ils sont ainsi plus ouverts à considérer la relation contractuelle sous cet angle afin de contrôler le contenu contractuel. Le contrôle de la clause abusive par l'article 1437 C.c.Q. est l'une des options qui s'offrent à eux. En effet, l'absence de bonne foi lors de la formation et de l'exécution du contrat est sanctionnée généralement par les vices de consentement et l'abus de droit, mais le mécanisme de protection contre les clauses abusives est également invoqué dans ces cas.

Notre étude se fera en trois temps. Nous commencerons par l'analyse des éléments constitutifs de l'article 1437 C.c.Q. Nous étudierons plus particulièrement les notions de bonne foi et de désavantage excessif et déraisonnable. Nous analyserons un mécanisme comparable, soit la lésion entre majeurs. Nous constaterons que la protection contre les clauses abusives est un instrument d'intervention indépendant des vices de consentement. Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur l'application de cet article. Nous verrons comment les tribunaux circonscrivent la définition d'une clause abusive. Il se dessine un droit des contrats axé sur une plus grande justice contractuelle. La valorisation de la notion de bonne foi a un effet marqué sur le regard que les tribunaux portent sur les relations contractuelles et démontre clairement que la morale et l'équité ne sont pas absentes du droit des obligations. Dans un troisième temps, nous envisagerons les mécanismes de protection analogue.

PARTIE I - L'ANALYSE DE LA NOTION DE BONNE FOI DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 1437 C.c.Q.

Cette analyse sera faite en étudiant les critères permettant de qualifier une clause d'abusives. L'article 1437 C.c.Q. définit les éléments qui donnent à une clause son caractère abusif. Cette définition s'articule autour de deux volets : la clause désavantageuse, excessive et déraisonnable allant à l'encontre de la bonne foi et la clause qui dénature le contrat. Notons immédiatement que ce dernier volet est en fait une illustration du caractère abusif d'une clause. Nous nous concentrerons sur le premier volet. Tout d'abord, nous tenterons de définir la notion de bonne foi et les obligations qui en découlent.

Sommes-nous en présence de deux éléments distincts, soit le désavantage et la bonne foi? Est-il nécessaire de prouver absence de bonne foi? Ces éléments sont-ils cumulatifs? Nous soumettons que la notion inscrite à cet article situe le cadre d'intervention du tribunal. Il s'agit en quelque sorte du dénominateur commun à l'intervention judiciaire. Le législateur affirme qu'un désavantage excessif et déraisonnable peut constituer une contravention à la bonne foi et à ses obligations sous-jacentes. Établissons maintenant la portée de cette notion, pour ensuite définir la notion de désavantage, et enfin saisir la portée de l'annulation d'une clause en regard de l'annulation du contrat entier.

1.1 Le sens et la portée de la notion de bonne foi

La bonne foi est le nouveau leitmotiv du code et de nombreuses dispositions y font allusion. Ce concept a toujours fait partie de notre droit, mais le *Code civil du Québec* l'élève au rang de règle de droit et le bonifie. Il n'en donne, par contre, aucune définition. Il s'agit d'un concept flou, d'une norme ouverte qui introduit dans le droit un élément moral.⁵ Selon les commentaires du législateur, il s'agit de «l'équivalent juridique de la bonne volonté morale

5. D. Philippe, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit belge», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, à la p. 61.

intimement liée à l'application de l'équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice».⁶

La bonne foi s'entend de deux façons, selon qu'elle est subjective ou objective. La notion de bonne foi subjective comporte un aspect psychologique ou intellectuel, soit une ignorance ou une croyance erronée.⁷ La bonne foi apparaît également comme une notion plus objective, une norme de comportement moral apprécié *in abstracto* selon les usages de la société.⁸ Les articles 6,⁹ 7,¹⁰ 1375¹¹ et 1437 C.c.Q. font appel à une notion objective de la bonne foi.

Au stade de la formation du contrat, la bonne foi est conçue comme une protection du consentement imposant une «exigence générale de loyauté et d'honnêteté». Selon Jourdain, cette exigence générale demeure encore trop vague et trop morale.¹² Il importe donc de lui donner un sens plus concret en déterminant des devoirs précis. L'un des devoirs est de ne pas tromper le cocontractant, de ne pas exploiter la faiblesse d'autrui et même la situation de supériorité économique. Il s'agit d'une obligation implicite de loyauté conçue de façon très large. L'exploitation de la situation d'infériorité par le contractant, dans une situation de force qui se rapproche de l'état de dépendance économique et du dol,¹³ est une forme de manquement à la bonne foi.

6. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre V : Des obligations*, Ministère de la Justice, Projet de loi 125, *Code civil du Québec*, août 1991, à la p. 19.

7. C'est de ce type de bonne foi dont traitent les articles en matière de prescription acquisitive, d'accession immobilière et de mariage putatif. B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) *R. D. McGill* 1053 à la p. 1055 et P. Jourdain, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit français», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, p. 121.

8. P. Jourdain, *id.*

9. Art. 6 C.c.Q. : «Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.»

10. Art. 7 C.c.Q. : «Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.»

11. Art. 1375 C.c.Q. : «La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.»

12. P. Jourdain, *loc. cit.*, note 7.

13. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1989 à la p. 145.

L'exploitation doit être comprise dans son sens subjectif, soit profiter d'une situation de supériorité qui, dans le cas des contrats d'adhésion, peut être tant économique que technique.¹⁴

Le second devoir est un devoir d'information, soit celui de fournir tous les renseignements nécessaires pour obtenir un consentement éclairé. Cette obligation a une large portée, particulièrement en matière de consommation où l'on trouve un déséquilibre plus marqué des connaissances.¹⁵

Denis Philippe ajoute à ces deux aspects la notion de confiance réciproque des parties.¹⁶ Le contrat d'adhésion, plus encore que tout autre contrat, est basé sur cette confiance puisque ses clauses ne sont pas discutables. Cette confiance doit être protégée car elle est le fondement des rapports d'affaires.¹⁷ Ces liens sont conçus dans un but d'utilité économique et non pas dans le sens d'une recherche de profits sans contrainte. Ils doivent viser une convergence d'intérêts plutôt que leur opposition. Cette situation de supériorité technique ou économique naît des oppositions de notre société industrielle et peut engendrer l'exploitation de l'adhérent. Nous sommes loin du sens conventionnel d'exploitation, soit l'acte positif d'un contractant. La bonne foi englobe donc les notions de confiance, de loyauté et son pendant, l'obligation d'information.

Ces devoirs rejoignent, selon nous, la nouvelle conception de la bonne foi dans le cadre de l'abus de droit en matière d'exécution de contrat.¹⁸ Ainsi dans l'arrêt *Houle c. BCN*,¹⁹ la Cour déclare que la bonne foi est comprise dans le sens d'une norme de conduite acceptable dans la société, de l'exercice raisonnable d'un droit selon les règles d'équité et de loyauté. Transposé en

14. B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, pp. 85, 97.

15. P. Jourdain, *loc. cit.*, note 7.

16. D. Philippe, *loc. cit.*, note 5.

17. J. Carbonnier, «Introduction», dans *L'Évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Paris, Presses universitaires de France, 1986 à la p. 34.

18. P.-G. Jobin, «Grand pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», (1991) 31 *C. de D.*, 153 à la p. 159.

19. [1990] 3 R.C.S. 122.

matière de formation du ou des contrats, le tribunal devrait considérer si les règles imposées dans le contrat ou le secteur en cause vont à l'encontre d'une conduite loyale et honnête et sont moralement et socialement acceptables.²⁰

Nos tribunaux sont donc appelés à contrôler le contenu obligationnel et à apprécier la conduite loyale, le degré de confiance investi dans le stipulant par l'adhérent, l'information donnée et le désavantage eu égard à toutes les circonstances. « La bonne foi intervient comme modérateur, en imposant une limite à la liberté de contracter ».²¹ L'évaluation du caractère abusif et déraisonnable d'une clause ainsi que l'analyse du concept de bonne foi donnent au juge un pouvoir très large d'appréciation des circonstances et du contexte. Ce large pouvoir d'appréciation nécessite une approche contextuelle. Une fois circonscrit le cadre d'intervention du tribunal, il nous faut revenir à la matérialisation de ce que constitue une clause abusive. Les commentaires du ministre suggèrent que cet article s'intègre aux règles actuelles en matière d'équité.²² Il offre « une mesure générale de contrôle des abus que permettent les contrats d'adhésion ».²³

1.2 Le désavantage excessif et déraisonnable, sa définition

1.2.1 Définition

Le *Petit Robert* donne la définition suivante de la notion de désavantage : « Ce qui constitue une infériorité, un inconvénient, un préjudice ».²⁴ Il doit y avoir un désavantage appuyé par un caractère excessif et déraisonnable qui le fait basculer dans le manquement aux règles de bonne foi. Hélène Bricks propose cette définition : « Est abusive toute clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties ».²⁵ La définition de Bricks fait appel au caractère objectif du déséquilibre.²⁶

20. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 7, 1059.

21. *Id.*

22. G. Rémillard, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 R.G.D. 5.

23. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 6 à la p. 84.

24. P. Robert, *Le nouveau Petit Robert I*, Paris, Le Robert, 1989.

25. H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, L.D.G.J., 1982, p. 2.

26. *Id.*, p. 114

L'analyse du caractère excessif et déraisonnable doit-elle être objective ou subjective? Nous croyons que les deux aspects peuvent se côtoyer car le tribunal doit évaluer la situation dans son contexte après étude de l'ensemble du contrat.²⁷ Nous reviendrons sur cet aspect après avoir analysé la notion de lésion entre majeurs.²⁸

Le caractère excessif et déraisonnable rappelle des notions que l'on retrouve en matière de lésion. Il convient de citer l'article du *Code civil du Québec* qui définit la lésion :

Art. 1406 : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.

Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.»

Le contrôle des clauses abusives semble s'inspirer des mêmes notions. Nous illustrerons notre propos en citant Brigitte Lefebvre : «La sanction de l'exploitation d'un consommateur par la reconnaissance de la lésion entre majeurs peut s'analyser comme le reflet d'une interprétation large de la notion de bonne foi».²⁹

La clause qui ne doit pas désavantager l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi (art.1437), est-elle équivalente à *l'exploitation par une partie entraînant une*

27. Ce principe d'interprétation fait partie de notre droit et est d'ailleurs repris à l'article 1427 C.c.Q. qui se lit ainsi : «Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.» La sanction de ce principe se trouve à l'article 1438 C.c.Q. : «La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.»

28. *Infra*, section 1.3 - L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat.

29. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 14.

disproportion importante ente les prestations des parties (art.1406 al.1)? L'exploitation n'est-elle pas le non-respect du devoir de bonne foi, comme nous le propose la professeure Lefebvre? Ces notions d'exploitation et de contravention à la bonne foi menant à l'abus semblent proches parentes. Pourtant, comme nous le verrons, le désavantage n'est pas nécessairement équivalent à une disproportion importante.³⁰ L'inconvénient causé par une clause n'est pas toujours synonyme d'un défaut d'équivalence. L'illégalité de la clause peut, à elle seule, donner ouverture à la protection contre les clauses abusives.

Nous pouvons conclure de cette analyse que l'article 1437 C.c.Q. donne au juge la compétence de corriger les iniquités. Il semble faire référence à la lésion, mais son fondement est l'équité.

1.2.2 Parallèle avec la notion de lésion

En principe, les majeurs ne peuvent invoquer la lésion pour faire annuler un contrat sauf exception.³¹ Seuls les mineurs et les incapables sont restituables pour cause de lésion (1406 C.c.Q.). Ce principe est grandement atténué depuis l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*³² et, selon nous, de l'article 1437 C.c.Q. L'analyse doctrinale, particulièrement celle de Massol, suggère que la nature de la notion de lésion entre majeurs s'éloigne du vice de consentement pour se fonder plutôt sur l'équité.

Deux formes de lésion sont généralement reconnues, soit les lésions objective et subjective. La lésion objective se définit traditionnellement comme un concept lié au déséquilibre des valeurs entre les termes de l'échange contractuel, la lésion rejoignant une forme d'erreur substantielle³³ sur la valeur de l'objet. Le déséquilibre des prestations ou l'aspect de non-équivalence des prestations est sanctionné par le tribunal. C'est la lésion que l'on retrouve à

30. *Infra*, section 1.2.3 - Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.

31. Art. 424, 472, 1609, 1623 al. 2, 2332 C.c.Q.

32. L.R.Q., c. P-40.1. Voir particulièrement les art. 8 et 9.

33. J. Ghestin, « Les obligations. Le contrat : formation », *Traité de droit civil*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988 aux pp. 211-423. Au même effet, J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 13 à la p. 143.

l'article 1406 al.1 C.c.Q., qui se rattache aux éléments matériels intrinsèques au contrat.

La notion de lésion subjective développée à propos des mineurs et des majeurs protégés consiste à tenir compte non seulement du contrat, mais aussi de la personnalité du contractant, des circonstances et de l'effet sur le patrimoine de la personne soumise au régime de protection. On la retrouve à l'article 1406 al.2 C.c.Q. Elle est davantage reliée au consentement. Cette notion de lésion subjective a beaucoup évolué, particulièrement depuis l'introduction de la *Loi sur la protection du consommateur*.

La définition et la nature de la lésion subjective ne font pas l'unanimité chez les auteurs et celles qui ont été données peuvent difficilement être juxtaposées. Nous avons choisi de reprendre l'analyse des conceptions de la lésion élaborée par Massol, dans son ouvrage *La lésion entre majeurs*³⁴. Il divise la lésion subjective en deux volets et identifie un type de lésion lié à l'équité.

Pour Georges Massol, la lésion **subjective** possède un double volet relié soit à la personne lésée ou aux circonstances entourant l'opération (**lésion-remède**), soit au comportement de l'auteur de la lésion (**lésion-sanction**). La **lésion-remède** a surtout été développée dans des cas concernant des mineurs et des majeurs protégés. Elle porte sur l'impact du contrat sur le patrimoine, sans intervention du contractant placé en position de force. Par ailleurs, une partie de l'article 8 L.P.C.,³⁵ soit *l'obligation excessive, abusive ou exorbitante*, lue en conjonction avec l'article 9³⁶ de cette même loi, relève de cette catégorie.

34. G. Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. Minerves, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1989.

35. L'article 8 : «Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est *excessive, abusive ou exorbitante*.» (nos italiques)

36. L'article 9 : «Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur.» L'article 8 a également un sens objectif. L'arrêt *Gareau auto inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), confirme la double conception objective et subjective de la lésion.

L'étude de la lésion «s'effectue par un examen de l'avantage ou du préjudice économique résultant pour le contractant»³⁷. Ainsi, le tribunal a rejeté la réclamation d'une institution financière qui demandait le remboursement d'un prêt à une caution car, au moment de la formation du contrat, la banque savait que la caution était insolvable.³⁸ On s'éloigne du vice de consentement³⁹ pour se concentrer davantage sur une lésion-remède protégeant le contractant d'une erreur économique.

L'affaire *Brutus c. Joseph*⁴⁰ illustre que l'article 1437 peut inclure cet aspect subjectif. Voyons les faits. Les défendeurs Joseph sont poursuivis par leur filleul dans le cadre d'un contrat de parrainage d'immigrants. Il s'agit d'une stipulation pour autrui dans le cadre d'un contrat d'adhésion. La juge Rousseau tient compte de la capacité de payer de l'adhérent au moment de la formation du contrat. À cette époque, les défendeurs n'avaient pas la capacité financière de parrainer deux adultes et ce, à la connaissance du stipulant, le gouvernement.⁴¹ Elle ajoute qu'il s'agit d'une condition essentielle à la validité du contrat et conséquemment réduit à zéro la réclamation. Il y a donc abus d'une situation par le stipulant. Cette approche est donc très similaire à celle élaborée sous l'article 8 L.P.C.

Le deuxième volet de la conception subjective implique un aspect de **sanction**. Il vise l'exploitation de la situation d'infériorité. Ainsi, c'est l'exploitation qui sera sanctionnée. À titre d'illustration, en matière d'adhésion, le stipulant exploite sa position de force à l'encontre de l'adhérent et profite de son état de nécessité pour s'avantager indûment. Cette forme de lésion nécessite une preuve d'agir du contractant, quoique l'aspect objectif de la transaction puisse être pris en considération, la disproportion des prestations faisant

37. G. Massol, *op. cit.*, note 34 à la p. 119.

38. À titre d'exemple, *Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard*, [1990] R.J.Q. 1707 (C.Q.) et *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880 (C.Q.). Les banques doivent supporter leur imprudence lorsqu'elles acceptent de traiter avec un emprunteur dont elles connaissent l'insolvabilité.

39. *Id.*

40. J.E. 96-1884 (C.S.).

41. *Id.* aux pp. 12 et 16.

présumer l'exploitation⁴². L'action du stipulant ne doit pas être interprétée dans un sens restrictif, c'est-à-dire s'apparentant à celui des manoeuvres dolosives. En effet, l'exploitation peut faire référence à des rapports impersonnels, soit ceux des oppositions de notre société industrielle où certains contractants sont placés en situation de force face à d'autres contractants.⁴³

L'exigence de la notion de bonne foi peut également être un fondement de la conception de la lésion subjective-sanction. Sous cet angle, on s'attaque aux actes de l'auteur de la lésion, soit le manquement aux règles de moralité et de loyauté contractuelles. Ce manquement équivaut à contrevenir à la bonne foi prise dans son sens large et est sanctionné par la lésion entre majeurs. Cette notion de bonne foi serait une facette de l'obligation de loyauté.⁴⁴

La lésion subjective relève davantage du vice de consentement, quoique ce lien souffre d'une difficulté conceptuelle.⁴⁵ Si la lésion est fondée sur un vice de consentement, qu'est-ce qui la distingue alors du dol, de l'erreur, ou de la crainte. C'est ce qui amène Massol à positionner le problème de la façon suivante :

«Force nous est donc de conclure que si la lésion doit prendre en considération un élément subjectif de la personne lésée, cette recherche doit s'effectuer en dehors des cadres traditionnels des vices de consentement».⁴⁶

Cela amène Georges Massol à élaborer une autre conception de la lésion qui a comme fondement **l'équité**. Selon lui, il s'agit, pour le tribunal, de vérifier le caractère juste de l'engagement qui relèverait moins des comportements des

42. Cette interprétation est celle de Ghestin. Il se réfère à l'hypothèse avancée par l'ORCC, de mettre à la charge du défendeur, une fois la lésion établie, la preuve de ce qu'il n'y a pas eu exploitation de l'autre partie. J. Ghestin, *op. cit.*, note 33 à la p. 474.

43. *Id.*, p. 100; D.Philippe, *loc. cit.*, note 5. Cet auteur utilise la notion de lésion qualifiée qu'il définit ainsi : «(...) consiste à abuser des passions ou faiblesse de son partenaire pour obtenir des avantages anormaux».

44. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 14.

45. À ce propos, C. Masse, « Développements récents en matière de lésion entre majeur et d'équité contractuelle », dans *Congrès annuel du barreau du Québec*, 1990 aux pp. 170-172.

46. G. Massol, *op. cit.*, note 34 à la p. 29.

contractants que de la nature de la transaction eu égard aux circonstances. Le contrat doit être juste. Le tribunal se trouve à vérifier si le contrat ne crée pas une injustice qui pourrait être dangereuse pour l'ordre public.⁴⁷ C'est donc cette dernière forme qui rejoindrait davantage l'ordre public de protection, le législateur désirant instaurer une justice contractuelle conforme aux exigences sociales.⁴⁸ L'ancien article 1040c C.C.B.C. était qualifié par certains de lésion fondée sur l'équité.⁴⁹ Cette catégorie définie par Massol constitue une réponse à une philosophie moderne des contrats et des besoins sociaux.⁵⁰ Elle évite qu'on utilise le concept du vice de consentement que l'on relie habituellement à la lésion pour s'attarder à l'illégalité de la clause et au préjudice subi par l'adhérent.

1.2.3 Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.

Maintenant, tentons de qualifier le fondement juridique de l'article 1437 C.c.Q. en le reliant à la lésion objective et aux diverses conceptions de la lésion élaborée par Massol. La lésion objective, soit le déséquilibre des prestations, ne retrouve pas son plein équivalent dans le terme *désavantage*; à titre d'exemple, la clause éloignée des obligations essentielles dénaturant le contrat. La recherche de l'abus ne tient pas dans la non-équivalence des prestations, mais dans l'illégalité de la clause par le préjudice que subit l'adhérent. À d'autres occasions, par contre, la disproportion entre les obligations de chacun pourrait être synonyme de désavantage excessif et déraisonnable.

La lésion subjective-remède axée sur la personne lésée pourrait, tel que nous l'avons démontré précédemment,⁵¹ être appliquée à l'article 1437 C.c.Q.

47. *Id.* à la p. 115.

48. *Id.*, p. 61.

49. J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 13 à la p.148 cite A. LAVALLÉE, «En marge du bill 48», (1964) 66 *R. du N.* 483; G. Brière, *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965 à la p.51; W. Morris, «De l'équité dans certains contrats», (1965) 25 *R. du B.* 65; G. Trudel, *Lésion et contrat*, Montréal, PUM, 1965.

50. G. Massol, *op. cit.*, note 34 aux pp. 58 et suiv.

51. C'est ce qui ressort de la décision *Brutus* c. *Joseph*, précitée, note 40 aux pp.12 et 16 où l'on prend compte de la capacité de payer de l'adhérent au moment de la formation du contrat. À cette époque, l'adhérent n'avait pas la capacité financière de parrainer deux adultes. Le caractère abusif du contrat existait au moment de la formation du contrat. La

La clause peut être la source de tracas et d'ennuis pour l'adhérent et ainsi être abusive. La lésion subjective-sanction, soit l'exploitation de la situation d'infériorité et le manquement aux règles de moralité et de loyauté, peut aisément se comparer aux exigences de bonne foi contenues à l'article 1437 C.c.Q.

Nous retrouvons donc tous les aspects de la lésion, mais nous préférons relier l'article 1437 C.C. à la dernière conception de la lésion suggérée par Massol, soit la lésion-équité qui favorise une approche davantage contextuelle. La clause est-elle juste, eu égard à l'ensemble des circonstances, et conforme à l'ordre public? Elle évite l'utilisation des concepts de lésions objective et subjective qui sont reliés aux vices de consentement, pour retenir plutôt celui de la finalité de la protection recherchée par le recours.

L'article 1437 C.c.Q. est un recours d'équité et conséquemment une forme de lésion entre majeurs. La finalité de la lésion n'est-elle pas de permettre au tribunal d'intervenir dans le contrat? Certains⁵² distinguent la lésion entre majeurs des clauses abusives en employant justement comme critère la portée de la sanction. Nous ne partageons pas cette opinion car l'appréciation du déséquilibre doit se faire en rapport avec l'ensemble du contrat.⁵³

1.3 L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat

Pour Louis Perret, la lésion vise le déséquilibre entre les droits et obligations des parties après examen de l'ensemble du contrat, alors que les clauses abusives ne se rattachent qu'aux clauses accessoires qui ne

juge conclut que cette clause dénature le contrat.

52. L. Perret, «Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) *R.G.D.* 537 à la p. 562. Il cite le professeur Ghestin.

53. L'article 1427 C.c.Q. doit recevoir application : «Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.» H. Bricks, *op. cit.*, note 25 aux pp.10-113. À titre d'exemple, c'est dans ce sens que la cour a évalué la situation dans l'arrêt *Caisse populaire Ste-Ursule c. Centre d'achats Neilson inc.*, [1986] R.D.I. 78 (C.A.) où un des avantages essentiels du contrat de louage était la présence de la caisse dans le centre d'achats. La caisse ayant déguerpi, la clause pénale était exécutoire malgré son caractère largement dissuasif. Il faut préciser que nous ne sommes pas en présence d'un contrat d'adhésion.

déséquilibrent pas tout le contrat. Ce commentaire peut être sujet à critique : d'une part, l'article 1437 C.c.Q. utilise les termes «dénature le contrat» donc fait référence au contrat dans son ensemble et, d'autre part, il faut tenir compte de la règle énoncée à l'article 1438 C.c.Q.⁵⁴

Il est vrai qu'une des différences entre la lésion et les clauses abusives se rattache à la portée de la sanction. La lésion vicie le consentement, et donc le contrat est présumé ne pas avoir été formé valablement, alors que seule la clause qui est abusive sera annulable ou réductible. Par contre, une clause abusive pourrait entraîner l'annulation de tout le contrat «si la clause en question est la cause déterminante du contrat».⁵⁵ Il s'agit d'identifier la considération principale du contrat. La clause susceptible d'être déclarée nulle doit véritablement entacher le but recherché du contrat pour qu'il soit annulé.⁵⁶

Nous prendrons à titre d'exemple la décision de *Brutus c. Joseph*.⁵⁷ Il s'agissait d'un contrat de parrainage où le but du contrat était d'obliger le parrain adhérent à assumer tous les frais de subsistance du filleul. Le filleul demande le respect de cette obligation. La juge Rousseau réduit à zéro l'obligation essentielle née de ce contrat et déclare le contrat abusif. Ce jugement illustre fort bien l'interprétation à donner à l'article 1438 C.c.Q.

Le débat théorique sur la nature de la clause abusive a peu d'écho en jurisprudence. La notion de bonne foi est également peu discutée lors de l'application de l'article 1437. Par contre, les tribunaux semblent ouverts à intervenir pour s'assurer que l'engagement soit juste et que la bonne foi soit

54. Art. 1438 : «La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.»

55. M. Tancelin, «La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec», (1978) *R.I.D.C.* 1009 à la p. 1016. Il commente l'article 53 du rapport de l'ORCC. Le libellé de l'article 1438 C.c.Q. est légèrement différent de celui de l'article 53 : «La nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elle.»

56. Dans la décision *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.), le juge Bishop semble suggérer que seule une clause peut être annulée sous 1437 C.c.Q. Cette opinion nous apparaît erronée.

57. Précité, note 40.

respectée. Ils appliquent une approche pragmatique et globale à partir de la notion d'équité.

PARTIE II - LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA CLAUSE ABUSIVE

Les plaideurs ont rapidement invoqué la disposition en matière de contrôle de clause abusive illustrant le besoin de l'intervention judiciaire dans les contrats. L'article 1437 C.c.Q. est fréquemment utilisé en conjonction avec d'autres comme le respect de la bonne foi (6, 7 et 1375), l'erreur (1400), la réduction du prêt (2332) et la clause pénale (1623). À la lecture des décisions, il est difficile de tracer avec précision une définition de la clause abusive. Très souvent la clause est considérée abusive sans véritable explication. Il arrive fréquemment que les tribunaux comparent la clause présumée abusive avec ce qu'ils considèrent juste et raisonnable afin de justifier leur intervention. Nous analyserons la jurisprudence en matière de clause abusive sous trois aspects. Nous traiterons de ses applications générales soit de l'article 1437 C.c.Q., de la clause pénale et des taux d'intérêts usuraires.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans l'application de l'article 1437 C.c.Q., nous sommes en présence d'un recours d'équité, d'une forme de lésion. L'engagement est-il juste, conforme aux exigences sociales? Les décisions suivantes recherchent le caractère équitable du contenu contractuel. Nous aborderons les décisions selon qu'elles concernent la clause abusive dans son application générale, la clause pénale abusive, ou encore la clause imposant un taux d'intérêt usuraire.

2.1 Les applications générales

Dans l'affaire *Micor Auto inc. c. Aubert*,⁵⁸ le défendeur se fait voler sa Jeep alors qu'il en est à la moitié du terme fixé de son contrat de location d'auto. Conformément à ce contrat d'adhésion, le propriétaire lui réclame la somme de 7 889,00 \$, soit la différence entre la valeur résiduelle du véhicule et le montant total du loyer qu'il reste à échoir plus un intérêt de 18% l'an. Le juge compare

58. J.E. 95-1087 (C.Q.).

la réclamation du propriétaire soit 42 395,51 \$ avec la perte d'usage du véhicule après 23½ mois et l'obligation projetée soit 42 519,92 \$ avec usage du véhicule pendant 48 mois. Cette comparaison est «choquante»,⁵⁹ le propriétaire s'enrichit abusivement. «L'application intégrale des clauses contractuelles ne reflète pas l'équité et désavantage le défendeur d'une manière excessive et déraisonnable».⁶⁰ Le juge Pagé réduit la demande à 2 000,00 \$.

Dans *Blais c. I.T.T. Canada Finance inc.*,⁶¹ un ancien vendeur réclame ses commissions à son employeur. Après avoir qualifié le contrat comme en étant un d'adhésion, le juge Vital Cliche détermine qu'une clause qui oblige le demandeur « d'être à l'emploi de la défenderesse lorsque celle-ci décide, pendant la période qu'elle s'est réservée, d'effectuer les paiements des commissions gagnées »⁶² est abusive, injuste et déraisonnable pour le demandeur.

La décision *Slush Puppie Montréal c. 153226 Canada Inc.*⁶³ est encore moins loquace. Le juge Vermette déclare abusive et nulle une clause qui ne permet pas au défendeur de contester les résultats d'un test fait par la demanderesse visant à s'assurer que le défendeur s'approvisionne uniquement chez elle.⁶⁴ En effet, il est impossible de vérifier l'exactitude d'un tel test; on demande donc à la Cour de faire un acte de foi.

L'affaire *Bel-Gaufre inc. c. 159174 Canada inc.*⁶⁵ offre une autre illustration. Il s'agit d'un contrat de franchise qualifié de contrat d'adhésion. On y retrouve une clause qui prévoit que lors de la terminaison, expiration ou résiliation de la convention, *pour quelque raison que ce soit*, toutes sommes dues au franchiseur lui seront payables. On y prévoit également une renonciation du franchisé à tous ses recours. Afin de qualifier cette clause d'abusives, le tribunal analyse longuement la preuve afin de connaître les raisons qui ont mené à sa terminaison. Il retient que la déconfiture du commerce résulte

59. *Id.*, p. 5.

60. *Id.*

61. J.E. 95-772 (C.S.).

62. *Id.*, p. 5.

63. [1994] R.J.Q. (C.Q.) 1703.

64. *Id.*, p. 1705.

65. J.E. 95-1448 (C.S.).

des actions de deux parties. Conséquemment, il serait abusif de ne pénaliser que le franchisé.⁶⁶ La clause de renonciation est également considérée comme abusive. Il existe un trop grand déséquilibre entre les obligations des parties.

La notion de bonne foi n'est aucunement analysée dans ces arrêts. On s'attarde plutôt à l'aspect injuste et inéquitable de la clause. Ces mêmes commentaires s'appliquent à l'examen de la clause pénale.

2.2 La clause pénale abusive

Une clause pénale peut être qualifiée d'abusive, qu'elle naisse ou non d'un contrat d'adhésion. Par contre, elle ne pourra être annulée que si nous sommes en présence d'un contrat de consommation ou d'adhésion, dans les autres cas, elle pourra être uniquement réduite.⁶⁷ Voyons dans quelles circonstances les tribunaux ont identifié une clause pénale comme étant abusive.

Tout d'abord, l'affaire *Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc.*⁶⁸ illustre un cas de contrat d'adhésion, à savoir un crédit-bail. La clause litigieuse concerne la terminaison du contrat en cas de défaut. Dans une même clause, on peut y lire tous les recours que le locateur possède contre le locataire : rétention du loyer déjà versé, perception de tout le loyer dû au contrat, pénalité de 15% sur tout loyer impayé, reprise des équipements, résolution du bail et faculté de revendre le matériel en créditant le locataire. Le juge Yves Forest considère la clause clairement abusive :

« Réclamer une somme de 61 071,56 \$ dans les circonstances, alors que l'équipement a été repris après 4 versements, et qu'une partie de l'équipement, du moins, a été relouée par la demanderesse, *c'est clairement une situation abusive* et, dans les circonstances, le Tribunal

66. *Id.*, p. 11.

67. Cette distinction est faite dans la cause *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, J.E. 96-1384 (C.Q.) et *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.) à la p. 6. Art. 1623 C.c.Q. : « Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi. Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive. »

68. J.E. 94-1295 (C.S.).

conclut qu'il y a lieu de réduire le montant réclamé à une somme globale de 10 000,00 \$ pour tenir compte de tout montant exigible par la demanderesse des défendeurs». ⁶⁹ (nos italiques)

Dans *Concordia Services sanitaires inc. c. Investissements Nakis inc.* ⁷⁰ la clause pénale a été qualifiée d'abusive. Le juge Cliche considère déraisonnable et excessif d'imposer la totalité de la pénalité réclamée car il est douteux que la demanderesse eut réalisé un profit net de 50% si elle avait exécuté le contrat. Il réduit donc la réclamation de 51 704,00 \$ à 30 000,00 \$.

Dans *Grenier-Lacroix c. Lafond* ⁷¹ une clause pénale est insérée dans un bail commercial. Elle prévoit une pénalité équivalant à 25% des sommes perçues par avocat. Le tribunal réduit le taux à 15%. Ce taux est plus en accord avec le taux de perception en matière de loyer, qui est une créance protégée. ⁷² Le juge examine donc ce qui lui apparaît raisonnable eu égard aux circonstances. Il utilise son pouvoir discrétionnaire afin que le contrat soit juste. C'est un exemple typique d'équité contractuelle et, encore une fois, il n'est pas question explicitement de bonne foi.

Voyons maintenant une décision contraire où le tribunal s'applique à définir la notion d'abus. Il s'agit de la décision *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, ⁷³ où la défenderesse demandait l'annulation ou la réduction de la clause pénale. Le juge Bossé refuse d'y voir un contrat d'adhésion. Il confond selon nous les critères permettant de qualifier le contrat d'adhésion, soit l'imposition des conditions essentielles et l'impossibilité de les négocier, en retenant plutôt la négociation d'égal à égal et la liberté de contracter ou non. ⁷⁴ Il analyse ainsi l'article 1437 C.c.Q. :

69. *Id.* à la p. 13. La demanderesse poursuivait pour une somme de 61 071,00 \$ incluant les loyers dus et la pénalité de 15%.

70. J.E. 96-1473 (C.S.). Il n'est pas mentionné s'il s'agit d'un contrat d'adhésion.

71. Précitée, note 67.

72. *Id.* à la p. 7.

73. Précité, note 67.

74. *Id.* à la p. 7.

«L'abus résulterait donc du caractère excessif et déraisonnable de la clause, caractère résultant de l'exploitation ou de la mauvaise foi».⁷⁵

Il reste à savoir quel sens il donne à l'exploitation. Il n'en fournira pas d'explications et conclut que la clause n'est pas abusive. Par contre, il compare le montant de la pénalité à des cas de résiliation de contrat qui entraînent le paiement de dommages-intérêts compensatoires d'une importance équivalente.⁷⁶

Il est inapproprié selon nous de mettre sur un pied d'égalité exploitation et mauvaise foi. Nous avons vu précédemment que l'exploitation doit s'entendre dans un sens beaucoup plus large que celui de manoeuvres dolosives. Il s'agit de l'exploitation d'une situation de supériorité économique ou technique, ou encore de la faculté de prévoir le contenu obligationnel.

Nous terminons cette section par l'étude des taux d'intérêts abusifs. Nous constatons que l'emprunteur peut invoquer la lésion prévue à l'article 2232 C.c.Q., l'article 8 et 9 L.P.C. ou encore l'article 1437 C.c.Q.

2.3 Les taux d'intérêts usuraires

Dans la très vaste majorité des cas, l'emprunteur est un consommateur et un adhérent. Il bénéficie d'une protection spécifique contre la lésion entre majeurs.⁷⁷ C'est là que l'on constate que la lésion est proche parente de la clause abusive. La compagnie Crédit Trans-Canada est particulièrement à l'honneur et reçoit à l'occasion des directives contradictoires des tribunaux.

Ainsi, dans l'affaire *Crédit Trans-Canada c. Prévost*,⁷⁸ un taux de 39,85% n'a pas été considéré abusif. Pour le juge Dansereau, le taux d'intérêts

75. *Id.* à la p. 8. L'affaire *Demers c. Caisse populaire Gentilly*, J.E. 95-2147 (C.S.) est une autre illustration de cette tendance à opposer la bonne foi à la mauvaise foi ou la collusion.

76. *Id.* à la p. 9.

77. Art. 2332 C.c.Q. : «Lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties.». Une disposition similaire apparaissait à l'article 1040c du C.c.B.C..

78. J.E. 95-662 (C.Q.).

élevé ne justifie pas en soi l'intervention du tribunal, puisqu'il faut prouver conformément à l'article 1437 C.c.Q. qu'il contrevient à la bonne foi : «Or, le taux d'intérêt est clairement indiqué au contrat». ⁷⁹ Le juge se refuse à analyser le caractère juste de l'engagement. Il se contente de constater que l'emprunteur était informé du taux d'intérêts. Il y a peut-être là confusion entre clause abusive et clause incompréhensible. ⁸⁰ Il est intéressant de noter que pour le juge Dansereau les articles 8 et 9 L.P.C. et l'article 2332 C.c.Q. s'appliquent également en matière de taux d'intérêts déraisonnables.

C'est le même constat que fait le juge Bélanger dans l'affaire *Crédit Trans-Canada c. Clemens*. ⁸¹ Dans cette, affaire, il s'agit d'un prêt d'argent au taux de 39,61% suite à une consolidation de dette. L'emprunteuse invoque et produit sa déclaration au greffe des dépôts volontaires, et elle demande le rejet de l'action en vertu d'un certificat-quittance obtenu du greffier. Le juge rejette l'action pour motif de chose jugée à la quittance et aux dispositions sur le dépôt volontaire mais également en se basant sur l'article 2332 C.c.Q. Le juge Bélanger tente une analyse de la portée de ces mêmes articles. Il commence en définissant la notion de lésion pour un prêt d'argent.

«Lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent, le contrat est unilatéral. En tel cas, l'usure est une notion distincte de la lésion. L'usure comporte en effet une aggravation possible des obligations qu'une partie assume dans un contrat. Pour la découvrir, on doit comparer le contenu de l'obligation souscrite à celle qui aurait dû normalement l'être». ⁸²

Pour lui, l'article 2332 C.c.Q. fixe la sanction, l'article 1437 C.c.Q. fixe la norme et l'article 8 L.P.C. condamne l'exploitation de la faiblesse économique du consommateur. ⁸³ Le juge Bélanger retient que le contrat est injuste car il

79. *Id.* à la p. 20.

80. Voir à ce sujet, N. Vézina dans «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations» *Développements récents en droit civil (1995)*, Service de formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, 71 à la p. 95.

81. J.E. 95-555 (C.Q.).

82. *Id.* à la p. 22. Il commencera par établir que la lésion est généralement définie comme un préjudice matériel résultant d'un défaut d'équivalence entre les prestations.

83. *Id.* à la p. 23.

constitue une exploitation éhontée d'une humble personne déterminée à payer ses dettes.

Le juge Simon Brossard s'en tient à l'analyse de l'article 2332 dans la décision *Corp. Crédit Trans-Canada c. Robert*.⁸⁴ Il s'agit d'un prêt à un taux de 39,97%. Le défendeur n'est pas libéré par sa faillite car il a fait de fausses déclarations à la demanderesse. Le juge retient que la demanderesse connaissait le revenu net du défendeur lors de la conclusion du prêt. Il conclut que le taux d'intérêt élevé ainsi que l'inaction de la demanderesse à faire valoir sa réclamation pendant la faillite sont abusifs et réduit de moitié les intérêts.⁸⁵

Lors de l'utilisation de l'article 1437, la notion de bonne foi est peu employée ou du moins quand le tribunal l'analyse, c'est pour conclure qu'il n'y a pas eu de contravention à la bonne foi. Nous constatons qu'afin d'établir la nature abusive d'une clause, les tribunaux évaluent parfois la situation en tentant d'établir une norme de conduite qu'ils comparent avec la situation étudiée. Cette façon de procéder nous paraît adéquate et justifiée. Par contre, comme nous le verrons, les plaideurs n'hésitent pas à invoquer la sanction d'un vice de consentement, la contravention à la bonne foi ainsi que la clause abusive tout à la fois, faisant ainsi flèche de tout bois.

PARTIE III - LES MÉCANISMES DE PROTECTION ANALOGUE

3.1 La bonne foi et la sanction des vices de consentement

Nous désirons illustrer que la notion de bonne foi peut prendre aisément préséance sur l'article 1437 qui n'est en fait qu'un des mécanismes sanctionnant sa contravention. La nature du contrat élève les exigences de la bonne foi.

Dans l'affaire *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*,⁸⁶ le juge Jules Allard doit interpréter les clauses d'un contrat de construction qu'il qualifie de

84. J.E. 96-1899 (C.Q.).

85. *Id.* à la p. 5. Pour étude plus détaillée de la jurisprudence sous l'article 1040c, voir N. Croteau, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 aux pp. 111 et suiv.

86. J.E. 95-1890 (C.S.).

contrat d'adhésion. Il doit décider si les appareils de plomberie (bains thérapeutiques) sont inclus dans le devis. Le juge constate que le propriétaire a laissé subsister un doute et que, conséquemment il avait l'obligation de faire la lumière sur les ambiguïtés pour que le soumissionnaire comprenne l'étendue de ses obligations. Le propriétaire a manqué à son devoir d'information et de bonne foi.

Le juge Allard rejette l'argument de la clause abusive. Selon lui, il s'agit plutôt d'un comportement discutable lors de l'attribution du contrat, démarche qui doit être empreinte de bonne foi.⁸⁷ Il s'exprime ainsi :

«Les exigences de quelqu'un qui traite en toute bonne foi, surtout dans le cas d'un contrat d'adhésion, commande [sic] dans le cas actuel qu'on dénonce cette difficulté réelle, connue de la personne qui demande l'exécution du contrat».⁸⁸

Les vices de consentement cèdent le pas à la clause abusive. D'une part, ils visent clairement l'annulation du contrat dans sa totalité. D'autre part, ils sont moindres et inclus dans une preuve de dol. En voici un exemple : dans *Lachapelle c. Promotions C.G.S. inc.*,⁸⁹ une clause d'un crédit-bail d'un appareil de nettoyage prévoyait qu'aucune représentation ou engagement, à part ceux apparaissant dans le contrat, n'avait été fait. Le locataire alléguait fausses représentations quant à l'exclusivité du produit dans le secteur. Le juge Roberge conclut au dol du représentant et annule le crédit-bail, même si les représentations n'ont pas été faites directement par l'institution prêteuse. Le représentant avait l'autorité nécessaire afin d'engager les fonds du prêteur. Il ajoute que même s'il n'avait pas été mandataire, cette clause disculpatoire est sans valeur en vertu de l'article 1437. On ne peut dans un contrat de crédit-bail rendre inopposable au locateur le dol du fournisseur ou de ses mandataires : on écarte par là la bonne foi.⁹⁰

87. *Id.* à la p. 8.

88. *Id.* à la p. 9.

89. J.E. 95-1356 (C.Q.).

90. *Id.* à la p. 15.

Dans *Yoskovitch c. Tabor*,⁹¹ les demandeurs demandent l'exécution d'un contrat de vente d'entreprise et la défenderesse, son annulation pour cause d'erreur et de fraude. Elle invoque également l'article 1437 concernant la clause sur le prix d'achat. Le juge Bishop retient que ce contrat est d'adhésion. À cause de son éducation limitée, de sa connaissance insuffisante de l'anglais, de son manque d'expérience en affaires et de la pression faite par les demandeurs pour qu'elle signe le contrat sans possibilité de l'étudier au préalable, elle a été incapable de négocier les termes de l'entente. C'est pour ces mêmes raisons que le tribunal conclut que les demandeurs ont pris indûment avantage de la défenderesse. Il en résulte que son consentement n'a pas été éclairé, ce qui a occasionné son erreur sur la valeur de l'entreprise, le prix à payer et les modalités de paiements. De plus, le juge Bishop considère le prix abusif et déraisonnable. Curieusement, il annule donc le contrat pour cause d'erreur.

L'obligation de bonne foi et son corollaire, le devoir d'informer, permet de faire annuler un contrat ou une clause défavorable.⁹²

La protection contre les clauses abusives doit également être distinguée de l'abus de droit contractuel. Il n'est pas toujours facile de distinguer entre la clause elle-même et l'exécution de cette même clause.

3.2 L'exercice déraisonnable d'un droit

L'exercice déraisonnable d'un droit peut prendre préséance sur le droit lui-même. La limite entre l'illégalité d'une clause qui accorde une discrétion et l'exercice de cette discrétion n'est pas toujours facile à tracer. L'abus naît-il de son existence ou de son exercice? La distinction n'est pas toujours évidente.

Ainsi, dans la décision *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*,⁹³ l'université est autorisée à modifier le contrat

91. Précité, note 56.

92. À titre d'exemple, *GMC Construction inc. c. Terrebonne*, J.E.95-1291 (C.S.) où le soumissionnaire remettait en cause une clause d'assumption des coûts, il prétendait ne pas avoir été informé de toutes les conditions du sol. L'entrepreneur ne peut, en vertu du principe d'équité être contraint de supporter le coût de travaux qu'il n'a pas soumissionnés.

93. [1994] R.J.Q. 1650.

universitaire relativement aux frais de scolarité. Cette clause dite tacite est contestée par la Fédération qui la qualifie d'abusives et requiert l'annulation de la hausse. Le juge Tellier leur donne raison. Une hausse de 250% est abusive, excessive et déraisonnable. De plus, cette hausse ne s'applique qu'au seul groupe de résidents en médecine, ce qui est discriminatoire et abusif. Les augmentations sont donc considérées nulles sauf pour une indexation de 1,9% représentant l'indexation au coût de la vie. On peut constater que c'est non pas le pouvoir de hausser les frais de scolarité qui est abusif mais bien son exercice. Pourtant c'est l'article 1437 qui est utilisé et à aucune occasion il ne sera question de bonne foi. Il semble donc exister une confusion entre la clause exercée et l'exercice abusif d'un droit⁹⁴ prévu au contrat et le caractère abusif de la clause elle-même.

Cette difficulté de distinguer entre la clause abusive et l'exercice abusif d'un droit est également illustrée dans l'affaire *Bel-Gaufre inc. c. 153226 Canada inc.*⁹⁵. Une clause prévoit que lors de la terminaison, l'expiration ou la résiliation de la convention, pour quelques raisons que ce soit, toutes sommes dues au franchiseur lui seront payables. Le juge examine les raisons qui ont mené à la terminaison du contrat de franchise avant de qualifier la clause d'abusives. En fait, il n'établit pas qu'une telle clause est en soi abusive mais qu'elle le devient à la lumière de toutes les circonstances. En d'autres termes, il tient compte de la façon dont le contrat a été exécuté ou non et retient que le stipulant a contribué à la déconfiture du commerce de l'adhérent et conclut à une clause abusive. Ne serait-il pas plus exact de parler d'abus de droit contractuel? La ligne de démarcation est mince.

Dans un contrat d'adhésion, les clauses rencontrées sont souvent au plus strict avantage du stipulant. Lors de leur mise en application, la plus grande bonne foi doit présider. Le stipulant doit agir en toute bonne foi, raisonnablement et équitablement. Il ne doit pas abuser de son pouvoir.⁹⁶

94. Cette analyse est faite par N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 80 à la p. 95.

95. Précité, note 65. L'analyse de cette affaire a été faite dans la section 2.1 - Les applications générales.

96. À titre d'exemple, 2632-7502 *Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.* J.E. 95-1568 (C.S.) (dommages pour inexécution contractuelle), *Système Troc c. Bourbonnière*, LPJ 94-1926 (action en découvert de compte) et *Sigma Construction inc. c. Ievers*, J.E. 95-1846 (C.S.)

La bonne foi est donc requise à tous les stades. À la formation du contrat, son absence vicie le consentement et lors de l'exécution, son absence empêchera l'application des clauses litigieuses. En matière de protection contre les clauses abusives, on constate que la notion de bonne foi sert de cadre à l'intervention du tribunal sans plus. On s'attache plutôt au caractère juste de l'engagement.

CONCLUSION

Nous espérons avoir démontré que la notion de bonne foi énoncée à l'article 1437 C.c.Q. sert souvent de support à l'intervention du tribunal et que ce recours est l'un des outils mis à la disposition du tribunal pour faire respecter cette obligation. L'analyse jurisprudentielle nous amène à conclure que les tribunaux interviennent dans des cas de déséquilibre des prestations, d'exploitation et même de protection du patrimoine de l'adhérent ou du consommateur.

Ainsi, nous croyons que le respect de l'obligation de bonne foi contraint le stipulant à ne pas proposer à l'adhérent des clauses désavantageuses excessives ou déraisonnables. Toutefois, il reste à se demander, quelles sont les possibilités qu'une clause abusive soit annulée dans un contrat de gré à gré par le seul effet de l'obligation de bonne foi. En effet, le contrôle des clauses abusives n'est qu'un mécanisme visant à protéger la bonne foi. Le fond ne doit-il pas l'emporter sur la forme? Ne pourrions-nous pas invoquer simplement le principe général énoncé aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. afin de permettre l'intervention des tribunaux?⁹⁷ Il y a en effet une certaine incohérence de la part du législateur dans le fait d'avoir réservé l'annulation des clauses abusives au seul contrat d'adhésion et/ou de consommation alors que la revalorisation de la bonne foi sert de pierre angulaire à la réforme du droit des contrats.

(dommages pour résiliation de contrat).

97. C'est ce qui se dégage de la décision *Verrelli c. Brave*, J.E. 94-297 (C.S.). Dans le cadre d'un bail commercial, le juge Georges Savoie affirme que des clauses extraordinaires surprotégeant les locataires et prévoyant la renonciation par les locataires de leurs recours contre le locateur, contreviennent à la bonne foi et ouvrent la porte à l'annulation selon l'article 1375 C.c.Q. (bonne foi) et 1400 et 1401 C.c.Q. (erreur).

Nous constatons que les tribunaux ont fait preuve d'ouverture en favorisant une approche contextuelle lors de l'analyse des contrats. Ils ont également démontré qu'ils pouvaient exercer leurs pouvoirs sans mettre en danger l'équilibre des contrats. Ces nouvelles limitations à la liberté de contracter ne semblent pas avoir ébranlé la stabilité des contrats. Il reste à voir quelle approche privilégiera la Cour d'appel en cette matière.

L'équité et la notion de bonne foi introduisent des concepts flous qui nécessiteront des tribunaux leur constante redéfinition selon chaque cas d'espèce. Dans ce contexte, les ramifications de ces notions ne nous sont pas encore toutes connues et restent donc à découvrir.